

MATÉRIA INCONTROVERSA NA LEI 10.931/04, SOBRE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO

RUI ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR*

Ministro Aposentado do Superior Tribunal de Justiça e Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS

1. O presente trabalho tem por objeto o exame das disposições da Lei 10.931, de 2 de agosto de 2004, que dispõem sobre a matéria incontroversa.

2. A primeira questão diz com a incidência da nova lei sobre os contratos de financiamentos imobiliários, inclusive sobre aqueles celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação (SFH) e do Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI).

A Lei 10.931/2004 não revogou as disposições legais sobre o Sistema Financeiro da Habitação, nem as relativas ao Sistema de Financiamento Imobiliário, que continuam existindo e se regendo pelas normas que lhes são próprias.

Ocorre que o novo diploma veio atender à pretensão do mercado financeiro, de distinguir dois campos de atuação, com características básicas diversas: de um lado, os financiamentos para mutuários de baixa renda, que continuam regidos pelo SFH, e, como tal, com forte interferência governamental e negócios com custos subsidiados; de outro, os financiamentos para a classe média, com contratos celebrados de acordo com as regras do livre mercado.



<http://bdjur.stj.gov.br>

* Aposentado do cargo de ministro do STJ, a partir de 12/08/2003.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Matéria Incontroversa na Lei 10.931/04, sobre Financiamento Imobiliário. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, RS, ano 32, n. 100, p. 317-328, dez. 2005.

Já antes da Lei 10.931/2004, a Lei 9.514/1997, que regulou o financiamento imobiliário, modificou o sistema vigente até ali, no sentido acima indicado. A respeito desse diploma, e das fases desse processo evolutivo do regime financeiro imobiliário, assim se manifestou o Professor Amoldo Wald:

Podemos dividir a evolução do Sistema Financeiro Imobiliário em três fases sucessivas: a) período paternalista ou patriarcal, que vai até 1963/1964; b) período de intervenção estatal, que se inicia com a criação do BNH, em 1964, e que continuou praticamente até 1997, embora, já há longo tempo estivesse sem recursos necessários; c) desregulamentação, com o sistema de securitização, a partir da Lei 9.514/97 (Alguns aspectos do regime jurídico do sistema financeiro imobiliário Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, ano 2, nº 4, p. 13).

Na atualidade, conforme ensina o jurista Melhim Namem Chalub:

(...) as operações de crédito destinadas às compra e venda de imóveis são disciplinadas, fundamentalmente, pela legislação do Sistema Financeiro da Habitação - SFH - e do Sistema de Financiamento Imobiliário - SFI, entre elas as Leis 4.380/64 8.004/90, 8.100/90, 8.177/91, 8.692/93, 9.514/97 e 10.931/2004, além do Decreto Lei 70/66. A operação (de mútuo) submete-se à disciplina dos arts. 586 e seguintes do Código Civil (que regulam o mútuo), ressalvado apenas que a reposição da quantia mutuada é feita em parcelas mensais de amortização e juros. (Da incorporação Imobiliária. 2ª ed., p. 202).

Assim, os dois sistemas convivem dentro do ordenamento nacional, tanto que a Lei 10.931/2004 não revogou os diplomas legais



referentes ao SFH ou ao SFI; pelo contrário, em seu art. 63, dispõe sobre as duas modalidades de financiamento:

Art. 63. Nas operações envolvendo recursos do Sistema Financeiro da Habitação e do Sistema Financeiro Imobiliário, relacionadas com a moradia, é vedado cobrar do mutuário a elaboração de instrumento contratual particular, ainda que com força de escritura pública.

Esses dois esquemas reguladores dos financiamentos imobiliários que persistem no país estão estruturados em normas específicas, apropriadas para cada um deles, com fonte de financiamento e destinação diferenciada. Enquanto o SFH tem sua fonte de recursos basicamente na caderneta de poupança e recursos oriundos do Governo, o SFI está irrigado principalmente com recursos oriundos da securitização, cujas operações permitem angariação de fundos no mercado.

Porém, excluído aquilo que é específico de cada sistema, é possível dizer que ambos estão regidos pelos princípios gerais do Código Civil, mesmo na regulação dos contratos de mútuo, e as relações devem atender ao Código de Defesa do Consumidor, quando reconhecida a relação de consumo entre fornecedor e adquirente.

Na Lei 10.931/2004, existem disposições de diversa natureza: ora a nova lei dispõe sobre a ordem tributária, ora interfere nos negócios privados de direito civil; ora regula os contratos bancários, ora cuida de situações processuais. Entre estas, algumas dizem direta e exclusivamente com certo tipo de ação, como acontece com os preceitos sobre as ações oriundas dos contratos de alienação fiduciária em garantia, e outras estão dispostas para os processos em geral, como se dá com as regras dos arts. 49 e 50.



No art. 49, o legislador prevê as consequências da inadimplência da parte sobre a eficácia de medidas liminares, cautelares ou de antecipação de tutela, quando se discute em juízo a respeito de contrato de crédito imobiliário.

No art. 50, é exigido do autor de ação que tenha por objeto obrigação decorrente de empréstimo ou financiamento imobiliário, que discrimine na petição inicial as obrigações a respeito das quais se controverte, e fixe o valor do incontroverso; nos parágrafos, estão previstas as consequências processuais daí decorrentes.

Acredito que essas disposições de ordem processual, estipuladas com o propósito de garantir a efetividade da prestação jurisdicional, são aplicáveis a todas as ações que versem sobre crédito imobiliário, independentemente do regime jurídico a que pertença o respectivo contrato, seja do SFH, seja do SFI, e mesmo do regime comum regulado pelo Código Civil, quando apenas sob o ditame deste tenha sido celebrado o contrato de mútuo imobiliário.

E assim deve ser, porque nenhum desses negócios é incompatível com as normas dos arts. 49 e 50 da Lei 10.931/2004. Todos versam sobre financiamento imobiliário, todos admitem medidas de proteção liminar ou antecipatória, todos ensejam a diferenciação entre parcelas, todos têm questões sobre fatos e matéria jurídica que podem ser controversas e incontroversas, e todos exigem da parte comportamento conforme a boa-fé. As partes, seja o autor ou o réu, devem se comportar com lisura e exação durante o transcorrer do processo, contribuindo para que este atinja o seu fim (a realização da justiça) em tempo útil, de maneira social e de forma econômica. Assim,



devem cumprir com as suas obrigações, e, uma vez estabelecida a relação processual, espera-se que mantenham o litígio apenas sobre o que é objeto da controvérsia.

É princípio constitucional que o ordenamento jurídico e a prática judiciária assegurem a efetividade do exercício da jurisdição. Tendo o Estado monopolizado a função de fazer a justiça - somente quebrado em situações excepcionais - exige-se que ele atue e faça com que as partes atuem de modo a garantir esse fim. As normas elaboradas para atender a tal propósito devem ser aplicadas com a extensão que o texto permite.

Por isso, dispondo a Lei 10.931/2004, genericamente, sobre deveres processuais em "ações sobre contrato de crédito imobiliário", ou em "ações que tenham por objeto obrigação decorrente de empréstimo, financiamento ou alienação imobiliários", e estabelecendo normas que permitem a concreta realização desse objetivo, é razoável o entendimento de que tais deveres sejam exigidos em todas as ações que tenham por objeto o crédito imobiliário, respeitadas as especificidades de cada procedimento.

Portanto, os artigos da Lei 10.931/2004 não se aplicam indiscriminadamente a todos e a tudo o que diz com os contratos celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação ou do Sistema de Financiamento Imobiliário, uma vez que ambos têm regras específicas naquilo que é do seu peculiar campo de incidência. Todavia, os arts. 49 e 50 se aplicam sobre as ações que versem sobre financiamento imobiliário em geral, incluindo o Sistema Financeiro da Habitação e o Sistema de Financiamento Imobiliário, porquanto nelas



também se exige o cumprimento do princípio da efetividade da prestação jurisdicional. Sendo este o fim perseguido pelas duas normas mencionadas (arts. 49 e 50 da Lei 10.931 /2004), nada justifica a exclusão de sua incidência, quando se trata de ação sobre contrato do SFH ou SFI, embora não sejam estes o objeto específico de regulação da Lei 10.931/2004.

3. Outra questão envolve matéria de direito intertemporal.

A Lei 10.931 /2004 tem normas de direito material e de direito processual; algumas A» direito material privado, outras de direito público.

Deixando de lado estas últimas (direito público material, especialmente as de ordem tributária), devemos distinguir entre as regras de direito obrigacional e de direito processual

No Brasil, predomina o princípio da aplicação imediata da lei nova, respeitados o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Quanto às relações jurídicas contratuais, não há a aplicação imediata da lei nova. mas sim a sobrevivência da lei antiga.

Entende-se que o contrato constitui um bloco de cláusulas indivisíveis e não pode ser apreciado em parte sob uma lei, e em parte sob outra, o que impede a incidência da nova até para os efeitos. Estando o contrato baseado em situações específicas, individuais e concretas, caracteriza-se por ser um ato de previsão fundada na lei do tempo da celebração. Além disso, sendo necessariamente temporário (é criado para se extinguir), convém que permaneça regulado pela lei do



tempo de sua origem. Somente tem sido admitido o afastamento do princípio, quando o contrato é celebrado dentro de um regime que deixa de existir (por exemplo, escravidão), hipótese em que a situação é resolvida de acordo com a ponderação dos princípios (segurança jurídica e necessidade de modificação).

A tese da sobrevivência da lei contratual antiga é aceita não apenas por Gabba e pelos que aceitam a teoria do direito adquirido, como também por Roubier, que admite a exceção ao efeito imediato da lei nova, em razão da peculiaridade da situação contratual. Nesse caso, prepondera o valor "segurança", respeitada a confiança que as partes depositaram na lei no momento da celebração. Muito embora eu tenha por precedente a crítica que se faz a esse posicionamento, por conservar disposições contratuais ainda contra a modificação das circunstâncias que a lei nova revela, não há dúvida sobre a predominância desse entendimento na nossa doutrina e nos tribunais.

No ponto, devemos distinguir entre as questões relacionadas com a constituição e validade dos contratos, e as ligadas aos seus efeitos. O novo Código Civil, no seu art 2.035, dispõe:

Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

A dicotomia entre validade e efeitos dos contratos, para, a partir dela, regular a incidência da nova lei, assim como constou do art. 2.035 do CC/2002, não tem sido acolhida pelo egrégio Supremo



Tribunal Federal. Ao julgar a Adin 493 (ainda antes da vigência do novo Código Civil), o STF partiu da classificação da retroatividade em graus: máxima (incidente sobre atos já consumados), média (atingindo direitos constituídos anteriormente, mas exigidos depois da nova lei) e mínima (a nova lei incidiria apenas sobre os efeitos surgidos depois da sua vigência), e decidiu que, no Brasil, por força de preceito constitucional, é proibida a retroatividade da lei nova em todas as suas formas, mesmo para os efeitos verificados sob seu império. Com isso, ficou afastada até mesmo a possibilidade de retroatividade mínima, vedada a incidência da nova lei sobre os efeitos dos contratos antigos, surgidos depois da vigência da nova lei, uma vez que o contrato permanece regulado pela lei vigente ao tempo de sua celebração (quanto a juros, índice de correção monetária, resolução do contrato, modo de execução, hipóteses de extinção, etc).

De acordo com esse entendimento, muitas vezes reafirmado pelo colendo Supremo Tribunal Federal, os contratos firmados antes da vigência da Lei 10.931/2004 continuam regidos pela legislação da época da sua celebração.

De outra banda, o tema do conflito de leis no tempo, relativamente aos preceitos de ordem processual, segue outros parâmetros: em princípio, a nova lei processual incide direta e imediatamente sobre os processos novos, e não se aplica aos feitos extintos; sobre os processos pendentes, incide imediatamente, preservados os atos já consumados.

É o que ficou explicado por Márcio C. de Assumpção, com apoio na doutrina de Cândido Rangel Dinamarco:



a) a lei processual nova não se aplica aos processos findos; b) ela se aplica, inexoravelmente, aos novos processos instaurados em sua vigência; c) quanto aos processos em curso na entrada em vigor da nova lei, sustenta a doutrina a prevalência do denominado "isolamento dos atos processuais" pelo qual a lei nova encontrando um processo em desenvolvimento respeitará a eficácia dos atos processuais já realizados, disciplinando o processo a partir da sua vigência. (A Lei 10.931/2004 e os novos delineamentos do procedimento da ação de busca e apreensão. Revista Dialética de Direito Processual, n° 20, p. 59; Cândido Rangel Dinamarco, A Reforma da Reforma: lei 10.352, de 26.12.2001, lei 10358, de 27.12.2001, lei 10.444, de 07.05.2002. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 49).

No caso em exame, cuidando-se de dispositivos processuais inseridos na Lei 10.931/2004, eles incidirão sobre os processos das ações relativas a crédito imobiliário instaurados depois de 2 de agosto de 2004. Sobre os processos pendentes, não serão afetados os atos já praticados.

Assim, o disposto no art. 50 não incidirá sobre os processos em curso, porquanto se refere a requisitos da petição inicial, que, por pressuposto, já teria sido ajuizada anteriormente. Se ainda não efetuada a citação, poderá o autor suprir a falta (art. 294 do CPC), ou o Juiz determinar a sua emenda (art. 284 do CPC).

A regra do art. 49, sobre o efeito do não pagamento de obrigações no curso do processo, apenas poderá ser aplicada como consequência de inadimplência que tiver ocorrido depois de 2 de agosto de 2004. Poderia ser dito que, deferida alguma medida na vigência da lei velha, que não estipulava esse tipo de sanção pelo descumprimento de alguma obrigação, também não seria o caso de aplicá-la por inadimplência que veio a se caracterizar depois. No entanto, como se



trata de lei processual, ordinariamente de incidência imediata, o requisito que deverá ser atendido para aplicação do art. 49 fica circunscrito a que o fato processual do descumprimento da obrigação aconteça já na vigência da nova lei. O que fica de pronto afastada é a aplicação da nova lei, nos termos do art. 49, por inadimplemento anterior a 2 de agosto de 2004.

Para a aplicação das regras processuais dos arts. 49 e 50, não interessa definir a data do contrato, e sim a existência de processo pendente e a data do ato processual. Ainda que o contrato seja antigo, os dispositivos mencionados (arts. 49 e 50) incidirão sobre os processos novos; sobre os processos em curso poderá incidir apenas o art. 49, desde que o descumprimento de obrigação ocorra depois da vigência da nova lei.

Em resumo, a aplicação das regras de direito material obrigacional sobre os contratos já celebrados encontra o óbice da decisão do Supremo Tribunal Federal na Adin 493, segundo a qual a nova lei não incide sobre contratos antigos. Já as disposições dos arts. 49 e 50, por serem de natureza processual, podem incidir: o art. 49, sobre os processos novos e os pendentes, desde que o fato do descumprimento aconteça depois da nova lei; o art. 50, sobre os processos novos, cuja petição inicial tenha sido aforada depois de 2 de agosto de 2004.

4. Não encontro razão para que seja suscitada a inconstitucionalidade do disposto no art. 50 da Lei 10.931 /2004, que tem a seguinte redação:



Art. 50. Nas ações judiciais que tenham por objeto obrigação decorrente de empréstimo, financiamento ou alienação imobiliários, o autor deverá discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, quantificando o valor incontroverso, sob pena de inépcia.

§ 1º O valor incontroverso deverá continuar sendo pago no tempo e modo contratados.

§ 2º A exigibilidade do valor controvertido poderá ser suspensão mediante depósito do montante correspondente, no tempo e modo contratados.

§ 3º Em havendo concordância do réu, o autor poderá efetuar o depósito de que trata o § 2º deste artigo, com remuneração e atualização nas mesmas condições aplicadas ao contrato:

I - na própria instituição financeira credora, oficial ou não; ou

II - em instituição financeira indicada pelo credor, oficial ou não, desde que estes tenham pactuado nesse sentido.

§ 4º O juiz poderá dispensar o depósito de que trata o § 2º em caso de relevante razão de direito e risco de dano irreparável ao autor, por decisão fundamentada na qual serão detalhadas as razões jurídicas e fáticas da ilegitimidade da cobrança no caso concreto.

§ 5º É vedada a suspensão liminar da exigibilidade da obrigação principal sob a alegação de compensação com valores pagos a maior, sem o depósito do valor integral desta.

O art. 50 da Lei 10.931/2004 introduz importante modificação no nosso sistema processual. Não que seja esta a primeira vez em que se faz referência ao incontroverso, pois sobre isso já dispôs o art. 334, III, do CPC: "Não dependem de prova os fatos: (...) III -



admitidos, no processo, como incontroversos"; e, mais recentemente, o § 6º do art. 273 do CPC: "A tutela antecipada poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso". Mas é porque agora, avançando nessa tendência de desbastar o processo de tudo que não esteja dependente de uma manifestação judicial, a lei veio ampliar a regulação da matéria e a estendeu a todas as demandas em ações de "empréstimo, financiamento ou alienação imobiliários". Portanto, não se cuida aqui de simples efeito da incontrovérsia sobre a produção da prova ou para deferimento de tutela antecipada, mas sim de limitar o objeto da demanda apenas ao que é controvertido, dispondo a nova lei sobre a eficácia dessa limitação em relação ao próprio processo e às prestações vincendas.

A controvérsia pressupõe debate, posições antagônicas, contrariedade de afirmações. Incontroverso é o que não é objeto de contrariedade entre as partes. Essa situação pode decorrer do fato de que o autor faz uma afirmação que não é contrariada pelo réu; ou da limitação que o próprio autor faz no momento em que promove a ação: ao manifestar a sua pretensão contra o réu, o autor limita a sua inconformidade a respeito de alguns aspectos da sua relação obrigacional, e aceita a sua obrigação a respeito dos outros pontos excluídos da sua manifestação de contrariedade, estes tidos então como incontroversos.

O art. 334, III, do CPC, refere-se a fatos incontroversos, que são "aqueles a que se alude na petição inicial, na contestação e qualquer outro ato processual em que houve comunicação de conhecimento, mas para a qual nenhuma comunicação de conhecimento



contrária foi feita, conforme apreciação do juiz". (Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil, t. IV, p. 276).

O art. 273, § 6º, menciona pedido incontroverso e permite o seu deferimento em tutela antecipada.

O art. 49 da Lei 10.931/2004 dispõe sobre o efeito do não pagamento de parcelas mensais incontroversas, e o art. 50 trata de obrigações contratuais controvertidas e sobre valor incontroverso das obrigações.

Enquanto o art. 273 do CPC atribui ao réu o permitir que haja ou não pedido incontroverso, bastando para isso que não contrarie a manifestação de conhecimento formulada pelo autor, o art. 50 retira o conceito de incontrovérsia da conduta do autor, na medida em que este, diante do universo das disposições contratuais imobiliárias de que participa, limita a sua inconformidade, assim como exposta na petição inicial, a alguns pontos da relação contratual complexa, e aceita o demais como sendo devido.

A lei não diz - mesmo porque foi feita para atender ao interesse do financiador - mas há de se entender que o silêncio do réu diante do pedido do autor influirá do mesmo modo sobre a continuidade da execução das obrigações, seja por ser então possível o deferimento da tutela antecipada, nos termos do art. 273, § 6º, do CPC, seja porque, pelo princípio da isonomia, ainda que não haja o deferimento da tutela, as partes devem ser tratadas em igualdade de condições dentro do processo. Isso permitirá, por exemplo, que o valor da parcela mensal mencionado na petição inicial e aceito pelo réu "deverá continuar sendo pago no tempo e modo contratados".



Vejamos o que, nos termos da lei, pode ser considerado controverso ou incontroverso.

O art. 49 refere-se a "parcelas mensais incontroversas de encargos estabelecidos no respectivo contrato", cujo descumprimento autorizará a cassação de liminar, cautelar ou antecipação de tutela concedidas ao devedor. Nesse caso, a ausência de controvérsia tanto pode decorrer de limitação constante da petição do autor, que deixa de incluir essa parcela na ação que promove contra o credor (ordinariamente, ação de revisão de contrato anulação de cláusula, consignação em pagamento, resolução por onerosidade excessiva), como também a incontrovérsia pode decorrer da aceitação, pelo réu, de comunicação feita pelo autor. Assim, se não é objeto de debate o valor principal da parcela mensal, mas apenas o índice de sua correção ou a taxa de juros, por exemplo, - porque não incluída aquela questão na petição inicial ou porque aceita pelo réu a assertiva feita pelo autor - esses encargos mensais sobre os quais não se controverte, a vencer no curso do processo, devem ser satisfeitos pontualmente, sob pena de revogação de medida deferida em favor do devedor. A lei menciona a "parcela mensal", mas há de se entender que se aplica a toda a "parcela periódica", ainda que o vencimento seja quinzenal, bimestral ou semestral.

Obrigações contratuais controvertidas, indicadas no caput do art. 50, são aquelas incluídas na inconformidade do devedor, assim como exposto na petição inicial da ação que tiver por objeto obrigação decorrente de empréstimo, financiamento ou alienação imobiliários. O campo de incidência é amplo. Compreende as ações que versam sobre empréstimo imobiliário, isto é, sobre o contrato de mútuo, sobre todas



as modalidades de contratos bancários celebrados para o financiamento de imóvel, no contrato de compra e venda, promessa de compra e venda, cessão ou permuta de bem imóvel. A lei não limita a exigência de discriminação, a ser feita na petição inicial, às ações sobre contratos de compra e venda celebrados por instituições financeiras, daí porque a regra do art. 50 poder incidir nas ações sobre "obrigações decorrentes de alienação imobiliária" em contratos celebrados por construtora, incorporadora, ou mesmo por particulares. As ações, cuja petição inicial deve atender ao requisito previsto no art. 50, são as de revisão, de nulidade ou de anulação de cláusula, de resolução por onerosidade excessiva, de consignação em pagamento, além de outras que possam servir de meio à solução de litígio contratual. A regra não se aplica às ações civis públicas, uma vez que a regulação instituída na lei pressupõe a possibilidade de comportamento pessoal da parte autora, o que não se mostra viável na ação coletiva.

O valor incontroverso, que deve ser quantificado pelo autor, na petição inicial em que discriminar os itens de sua pretensão contra o credor (art. 50, § 1º), e que deve continuar sendo pago pelo devedor (art. 49), corresponde ao da prestação que o autor não incluiu em sua pretensão na petição inicial, ou ao da prestação que o autor ofereceu na petição inicial, e que o réu aceitou como sendo o valor devido.

O art. 50 regula a consequência da incontrovérsia: no § 1º, determina-se que o valor incontroverso, já devidamente quantificado na petição inicial, continuará sendo pago no tempo e modo contratados (se a incontrovérsia resultar de aceitação da asserção do autor, o cumprimento será do que foi oferecido); no § 2º está disposto que o valor controvertido constante de título executivo poderá ser exigido pelo



credor, com o uso das ações que lhe são próprias, uma vez que vigora a regra de que o litígio sobre determinada relação não retira do credor o direito de executar a dívida. Neste ponto, há de ser observado o que dispõe o art. 585, § 1º, do CPC: "A propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução".

Porém, essa exigibilidade poderá ser suspensa pelo juiz mediante o depósito, pelo devedor, do montante correspondente ao objeto da controvérsia, no tempo e modo contratados.

Não se pode extrair do § 2º a idéia de que o devedor está obrigado a depositar em juízo o valor da dívida sobre o qual controverte. Ao contrário, a exigibilidade - assegurada no art. 585, § 1º - é que poderá ser retirada, a seu benefício, se ele se prontificar a efetuar o depósito, nos termos consignados no parágrafo.

O § 3º do art. 50 da Lei 10.931/2004 deve ser interpretado no sentido de que o depósito do montante devido e controvertido pode ser efetuado na própria instituição financeira credora, ou em outra instituição financeira indicada pelo credor, desde que assim pactuado. O depósito junto ao credor - desde que seja instituição financeira - somente não se justifica se houver dúvida quanto à sua solvabilidade, no caso de estar submetida a algum tipo de intervenção.

Como a remuneração e a atualização deverão ser feitas nos termos pactuados, nenhuma dificuldade surgirá para a integral restituição dos valores, na hipótese de derrota do credor, ou de quitação da dívida, se vencido o devedor, uma vez que o depósito será devidamente remunerado e corrigido. Isso elimina um problema muito



comum nos dias de hoje, em que o banco que recebe o depósito judicial remunera e corrige o depósito de acordo com critérios outros, que nem sempre correspondem aos que deveriam ser considerados, nos termos do contrato, para o pagamento do vencedor da lide.

O parágrafo § 4º determina que o depósito poderá ser dispensado, mas terá que ser igualmente mantida a suspensão da exigibilidade do crédito, se houver fumaça de bom direito em favor do devedor, e, ainda, a possibilidade de dano irreparável, caso fosse constrangido a despendar a importância necessária para o depósito.

O disposto no § 5º é nitidamente desfavorável ao devedor: ainda que tivesse pago a mais, não poderá compensar esse pagamento com o seu débito diante do credor, sem o depósito integral do principal da dívida. Essa exigência final retira da compensação qualquer benefício ao devedor. De qualquer modo, a proibição apenas alcança a compensação com a obrigação principal, nada referindo a lei quanto ao débito decorrente de outras parcelas.

Ainda no aspecto processual, o art. 50 define como inepta (o que leva ao indeferimento da petição inicial) a petição que deixar de discriminar as obrigações contratuais que pretende controverter, e não quantificar o valor incontroverso. Como se vê, são duas as exigências: (1) definir a controvérsia e (2) quantificar o incontroverso. Nem sempre poderá a parte autora atender com precisão o rigor da lei, pelo que cabe ao juiz examinar as condições do autor a respeito da disponibilidade de meios para discriminar tudo o quanto pretende incluir no objeto de sua ação, e - mais comumente - das suas condições pessoais para



quantificar o exato valor da parte que resta incontroversa, muitas vezes dependente de cálculos difíceis.

Por fim, duas últimas observações sobre o incontroverso.

Os que estudaram esse conceito, presente em outras disposições processuais (art. 334, III, e art. 273, § 6º, ambos do CPC), sempre fizeram depender a sua aplicação de apreciação judicial. Isto é, não basta a incontrovérsia sobre fatos e pedidos para que sejam daí extraídos os efeitos previstos na lei, quanto à dispensa de produção de prova ou concessão de tutela antecipada: é preciso que o juiz se convença da aplicabilidade do dispositivo ao caso concreto. Assim, também aqui, na interpretação da Lei 10.931/2004, a cassação de medida já deferida (art. 49) ou a exigência de continuidade do pagamento das parcelas incontroversas (art. 50) dependerá de um juízo a ser manifestado pelo magistrado diante das circunstâncias da demanda. Nas relações de consumo, eventual abuso, com ofensa à regra de ordem pública, não fica sanado pela ausência de sua menção na petição inicial, nem a falta de pagamento de encargos nitidamente ilegais autorizará a revogação de medida já deferida em favor do devedor.

O Professor Kazuo Watanabe estudou a "ação dúplice", aquela em que o autor pode tornar-se réu, e o réu autor, podendo o autor ser condenado, ao invés do réu, por simples pedido deste na contestação, sem necessidade de reconvenção (Ação Dúplice, Revista de Processo, 31/138). E o que acontece com as ações possessórias, a renovatória de locação, as ações de divisão e de demarcação, etc.



Nesses casos, a contestação amplia o objeto do litígio e o direito do réu também pode ser reconhecido.

O regime introduzido pelo art. 50 da Lei 10.931/2004 não se equipara ao da ação dúplice, mas a verdade é que extrai da incontrovérsia efeito em favor do réu, pois determina ao autor, no § 1º, o dever de "continuar pagando os valores incontroversos". A lei prevê, como consequência pelo descumprimento desse dever, apenas a possibilidade da cassação de medida protetiva (art. 49). Faltou dizer quais os demais efeitos dessa incontrovérsia, relativamente ao direito material do réu, que praticamente se consolida diante dos termos em que foi proposta a ação imobiliária, com a quantificação do valor incontroverso, isto é, daquilo que o autor admite como sendo sua obrigação.

Doutrina e jurisprudência, em apreciável maioria, não têm admitido a antecipação da tutela em favor do réu fora das hipóteses de ação dúplice e da reconvenção, mas o Desembargador Napoleão Nunes Maia Filho tem bons argumentos a favor dessa tese (Estudo sistemático da tutela antecipada, p. 241), e, nesse sentido ampliativo, também a lição de Marinoni (A antecipação da tutela. 7ª ed., p. 172).

É inegável que a inovação introduzida pela Lei 10.931/2004, sobre o incontroverso, facilita o entendimento de que, também nesse caso, deve ser retirado efeito processual em favor do réu, entre eles a possibilidade de deferimento de tutela antecipada. Também por isso, aumenta a responsabilidade do autor na propositura da ação imobiliária.



A regulação constante do art. 50 e seus parágrafos não é inconstitucional, pois não fere preceito da Carta, antes procura realizar a exigência de efetivação da prestação jurisdicional.

O Ministro Teori Albino Zavascki assim explicou o direito à efetividade da jurisdição:

Sob a denominação de direito à efetividade da jurisdição queremos aqui designar o conjunto de direitos e garantias que a Constituição atribuiu ao indivíduo que, impedido de fazer justiça por mão própria, provoca a atividade jurisdicional para vindicar bem da vida de que se considera titular. A este indivíduo devem ser, e são, assegurados meios expeditos e, ademais, eficazes, de exame da demanda trazida à apreciação do Estado. Eficazes, no sentido de que devem ter aptidão de propiciar ao litigante vitorioso a concretização fática da sua vitória. (*Antecipação da tutela*, p. 64).

A introdução do conceito de "incontroverso" na demanda é meio hábil para obter a concretização desse propósito estatal de garantir prestação jurisdicional eficaz, porquanto limita o objeto do processo e exclui da demanda tudo o que não exige manifestação judicial, facilitando a tramitação do feito e o encontro de uma solução final.

Portanto, muito antes de ofender o texto constitucional, a regra que introduz um regime processual que elimina incidentes inúteis e facilita a definição do litígio, essa regra realiza o desígnio da Constituição:

A garantia constitucional de uma tutela tempestiva e efetiva obviamente incide sobre a estruturação técnica do processo, seja 'de jure condendo' seja 'de jure conditio'. O legislador infraconstitucional tem o dever de estruturar o processo de modo a atender a esse princípio, estabelecendo regras que conduzam à tempestividade da tutela jurisdicional. O art. 273 do CPC é a melhor amostra



da tentativa de cumprimento desse dever por parte do legislador brasileiro. (Luiz Guilherme Marinoni, op. cit., p. 201).

5. O art. 49, assim como o art. 50, pelas mesmas razões, não é inconstitucional.

O objetivo dessa norma é fazer com que a parte se comporte, durante a tramitação do processo, com fidelidade ao contrato, tratando de cumprir a obrigação incontroversa.

A regra tem três direções: em primeiro lugar, refere-se às obrigações propter rem, que existem em razão da própria natureza da coisa, cujo inadimplemento é causa de sérios prejuízos tanto aos demais condôminos, como ao eventual retomante do bem, uma vez ser comum que o devedor, acionado, deixe de pagar as dívidas fiscais e condominiais incidentes sobre o imóvel. Em segundo, menciona a falta de pagamento "das parcelas mensais incontroversas de encargos oriundos do contrato". Por último, faz genérica referência a "quaisquer outros encargos que a lei imponha ao proprietário ou ao ocupante de imóvel".

Para o que nos interessa, cabe examinar o segundo ponto, relacionado com a prestação obrigacional tida por incontroversa.

A regra do art. 49 parte do pressuposto de que a ação imobiliária tenha sido proposta pelo devedor, tanto que cuida da consequência de seu inadimplemento relativamente à revogação da medida protetiva deferida a seu favor. Sendo assim, já na petição inicial estará definido o que se tem por incontroverso, o que facilita aferir o atendimento da obrigação para a aplicação desse dispositivo. O fato do



Ínadimplemento não é causa automática de cassação da medida, pois a lei apenas estabelece que "o juiz poderá, a requerimento da parte, determinar a cassação". Assim o é, porque o descumprimento deve ter a gravidade suficiente para ensejar o desfazimento da medida concedida ao devedor, situação que exige apreciação das circunstâncias do contrato, do modo de sua execução, e as peculiaridades da causa.

Além disso, a medida passível de cassação é apenas aquela que interferiu na eficácia do contrato. Isto é, a medida deve ter afastado a exigibilidade de certas obrigações, com vantagem concreta ao devedor, ao mesmo tempo em que autorizou a continuidade do cumprimento daquelas incontroversas. Se mesmo com o benefício da inexigibilidade de certas obrigações, o devedor não cumpre o contrato na parte incontroversa, a medida protetiva não merece persistir.

Nas ações sobre crédito imobiliário, portanto, o deferimento de medida liminar, de cautelar ou de tutela antecipada fica condicionado ao futuro comportamento do autor durante a tramitação do feito, relativamente às obrigações propter rem e ao incontroverso.

A lei que atribui efeito processual ao descumprimento de obrigação fiscal ou civil não é inconstitucional, pois retira do comportamento irregular da parte uma consequência jurídica adequada. Ainda mais porque a efetivação dessa consequência fica sempre submetida ao prudente critério do juiz.

